

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Informe N° 441-2017-GRT

Informe legal sobre la procedencia de publicar la resolución que aprueba el nuevo Procedimiento Técnico del COES N° 07, "Determinación de los Costos Marginales de Corto Plazo" y análisis de los comentarios al proyecto publicado

Para : **Severo Buenalaya Cangalaya**
Gerente de la División Generación y Transmisión Eléctrica (e)

Referencia : D. 477-2016-GRT

Fecha : 18 de agosto de 2017

Resumen

En la Primera Disposición Complementaria del Decreto Supremo N° 026-2016-EM se dispuso que el COES presente a Osinergmin los Procedimientos Técnicos, a que se refiere el artículo 13 de la Ley N° 28832, necesarios para el funcionamiento del Mercado Mayorista de Electricidad ("MME"). El COES ha presentado ante Osinergmin su propuesta de Procedimiento Técnico del COES N° 07, "Determinación de los Costos Marginales de Corto Plazo". Este procedimiento establece los criterios de cálculo de los Costos Marginales de Corto Plazo en el SEIN para la valorización de las transferencias de energía, en cuyos aspectos relativos al MME han sido adecuados para su funcionamiento.

Mediante Resolución N° 141-2017-OS/CD se dispuso la publicación del proyecto de resolución que aprueba el nuevo Procedimiento Técnico COES N° 07, con el sustento respectivo, disponiéndose en dicha resolución un plazo de 15 días calendario para que los interesados remitan sus comentarios.

Dentro del plazo otorgado, se recibieron los comentarios y sugerencias de las empresas Orazul Energy Egenor S. en C. por A., Termoselva S.R.L., Enel Generación S.A.A., Fenix Power Perú S.A., Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A., Electroperú S.A., Statkraft Perú S.A., Kallpa Generación S.A.A., ENGIE Energía Perú S.A., y del Sr. Mijael Ramirez Cabrera.

Del análisis de los diversos comentarios presentados, en lo relativo a aquellos con contenido legal, se concluye en el presente informe lo siguiente:

- El Procedimiento cumple con el principio de confianza legítima, en cuanto a que el COES pone a disposición de los Participantes los archivos que sustentan la determinación de los CMg, los reportes, y el aplicativo desarrollado, permitiendo contar con la predictibilidad respecto del cálculo de los CMg, siguiendo los criterios del procedimiento.
- La facultad de calcular los costos marginales de corto plazo no supone una libertad ilimitada de variar los criterios y determinar en cierta oportunidad un resultado en función de una metodología y luego otro, aplicando una distinta. Si bien se permite el dinamismo del cambio, ello debe sujetarse al caso concreto y en función de los estudios, la experiencia y el proceso de aprobación de los procedimientos técnicos.

El disgregar el costo marginal obtenido en sus componentes, involucra que el grupo que deba asumir tal o cual componente, se encuentre en una posición con mayor o menor ventaja de variarse la formulación; lo que requiere necesariamente recorrer el proceso de modificación, dotando con mayor transparencia la participación de los interesados, garantizando un análisis que pasa por los diversos niveles de revisión.

- Existe un tratamiento normado para el ejercicio del derecho de defensa de los integrantes en la instancia del COES.
- La entrada en vigencia del procedimiento está prevista para el 02 de octubre de 2017, pues se parte de la premisa real de que el día anterior culminará la vigencia del Decreto de Urgencia N° 049-2008. En caso se extendiera la vigencia del dispositivo de urgencia que cumplirá 09 años de aplicación, corresponderá en ese momento sujetarse al contenido del nuevo dispositivo, mas no podría asumirse una premisa sobre un hecho incierto de prórroga.

En ese sentido, habida cuenta que se ha cumplido con todas las etapas previstas en la “Guía de Elaboración de Procedimientos Técnicos”, en el presente informe se concluye que corresponde someter a la aprobación del Consejo Directivo, la resolución que aprueba el nuevo Procedimiento Técnico COES N° 07 “Determinación de los Costos Marginales de Corto Plazo”.

Informe N° 441-2017-GRT

Informe legal sobre la procedencia de publicar la resolución que aprueba el nuevo Procedimiento Técnico del COES N° 07, "Determinación de los Costos Marginales de Corto Plazo" y análisis de los comentarios al proyecto publicado

1. Antecedentes y marco normativo aplicable

- 1.1.** El literal b) del artículo 13 de la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, establece que los procedimientos en materia de operación del SEIN y administración del Mercado de Corto Plazo ("Procedimientos Técnicos"), deben ser elaborados por el Comité de Operación Económica del Sistema (COES), para su aprobación por Osinermin. Cabe señalar que anteriormente a la citada ley, la función de aprobación de los Procedimientos Técnicos del COES se encontraba a cargo del Ministerio de Energía y Minas.
- 1.2.** Conforme a los numerales 5.1 y 5.2 del Reglamento del COES, aprobado por Decreto Supremo N° 027-2008-EM, el COES, a través de su Dirección Ejecutiva, elabora las propuestas de procedimientos a presentarse a Osinermin para su aprobación, acompañados de los respectivos estudios detallados que sustenten la propuesta. Asimismo, se establece que el COES debe contar con una "Guía de Elaboración de Procedimientos Técnicos", elaborada y aprobada por Osinermin, la cual incluirá como mínimo, los objetivos, plazos, condiciones, metodología, forma, responsables, niveles de aprobación parciales, documentación y estudios de sustento.
- 1.3.** De esta manera, la "Guía de Elaboración de Procedimientos Técnicos", aprobada con Resolución N° 476-2008-OS/CD y modificatorias ("Guía"); dispone en su artículo 5 que, la elaboración de un procedimiento técnico puede realizarse por iniciativa propia del COES o a solicitud del Osinermin. El artículo 6.1 de dicha Guía señala que la propuesta de procedimiento técnico debe estar dirigida a Osinermin adjuntando los respectivos estudios económicos, técnicos y legales que sustenten su necesidad.
- 1.4.** Mediante Resolución Ministerial N° 143-2001-EM/VME publicada el 31 de marzo de 2001, se aprobó el Procedimiento Técnico PR-07, "Determinación de los Costos Marginales de Corto Plazo", modificada por Resoluciones N° 224-2010-OS/CD, 061-2012-OS/CD, y 244-2014-OS/CD.
- 1.5.** El procedimiento tiene por objeto determinar los criterios de cálculo de los Costos Marginales de Corto Plazo en el SEIN para la valorización de las transferencias de energía, así como se establece las responsabilidades del COES y de los Participantes del Mercado Mayorista de Electricidad (MME), la periodicidad de la determinación, la información requerida, y la respectiva metodología de cálculo.
- 1.6.** Posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 026-2016-EM se aprobó el Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad ("Reglamento del MME"), se dejó sin efecto al Reglamento que se aprobó mediante Decreto Supremo

N° 027-2011-EM, y se dispuso que en un plazo de 6 meses a partir de su publicación, el COES debía presentar a Osinermin los Procedimientos Técnicos a que se refiere el artículo 13 de la Ley N° 28832 que resulten necesarios para el funcionamiento del MME, luego de lo cual entrará en vigencia el Reglamento del MME. En función de ello, corresponde establecer una única fecha para la entrada en vigencia de los Procedimientos Técnicos relativos al citado Reglamento.

- 1.7.** Luego de la publicación del Reglamento del MME, con fecha 24 de enero de 2017, según Trámite GRT N° 0890, se recibió la Comunicación COES/D-093-2017, mediante la cual el COES remitió su propuesta del nuevo Procedimiento Técnico COES PR-07 “Determinación de los Costos Marginales de Corto Plazo” (“PR-07”).
- 1.8.** Conforme a lo informado, en la propuesta se desarrollan las disposiciones sobre los cálculos de los Costos Marginales de Corto Plazo, los cuales serán determinados en tiempo real, se incorpora la metodología del cálculo con herramientas de optimización y contempla la descomposición del costo marginal entre sus componentes de energía y congestión, adecuaciones que permiten el funcionamiento del MME.
- 1.9.** Ahora bien, luego de la revisión efectuada por Osinermin de la propuesta planteada, mediante Oficio N° 385-2017-GRT, de fecha 3 de abril de 2017, se remitieron al COES las observaciones de fondo a su propuesta, otorgándole un plazo de veinte (20) días hábiles para absolverlas.
- 1.10.** Dentro de este plazo, con fecha 4 de mayo de 2017, según trámite GRT N° 4390, el COES remitió la comunicación COES/D-488-2017, la cual contiene su respuesta a las observaciones formuladas.
- 1.11.** Continuando con el proceso previsto en la Guía, mediante Resolución N° 141-2017-OS/CD se dispuso la publicación del proyecto de resolución que aprueba las modificaciones al PR-07, otorgándose un plazo de quince (15) días calendario para que los interesados remitan sus comentarios y sugerencias, en cumplimiento del marco normativo aplicable, y en particular, de los criterios de transparencia.
- 1.12.** Dentro del plazo otorgado, cuyo vencimiento se produjo el 17 de julio de 2017 se recibieron los comentarios y sugerencias de los siguientes interesados:
 - Electroperú S.A., (Electroperu) mediante correo electrónico de fecha 14 de julio de 2017 a las 14:49 horas, según Registro GRT N° 6695.
 - Statkraft Perú S.A., (Statkraft) mediante correo electrónico de fecha 13 de julio de 2017 a las 15:07 horas, según Registro GRT N° 6723
 - Orazul Energy Egenor S. en C. por A., (Orazul) y Termoselva S.R.L. (Termoselva) mediante correo electrónico de fecha 13 de julio de 2017 a las 15:32 horas, según Registro GRT N° 6661.
 - Enel Generación S.A.A. (Enel) mediante correo electrónico de fecha 13 de julio de 2017 a las 17:11 horas, según Registro GRT N° 6664.

- Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A., (SMCV) mediante correo electrónico de fecha 13 de julio de 2017 a las 17:42 horas, según Registro GRT N° 6674.
- Fenix Power Perú S.A. (Fenix) mediante correo electrónico de fecha 13 de julio de 2017 a las 17:44 horas, según Registro GRT N° 6671.
- Kallpa Generación S.A. (Kallpa) mediante correo electrónico de fecha 13 de julio de 2017 a las 17:51 horas, según Registro GRT N° 6725.
- ENGIE Energía Perú S.A., (Engie) mediante correo electrónico de fecha 13 de julio de 2017 a las 17:11 horas, según Registro GRT N° 6669.
- Mijael Ramirez Cabrera, (señor Ramirez) mediante correo electrónico de fecha 14 de julio de 2017 a las 14:52 horas, según Registro GRT N° 6703.

1.13. Conforme lo dispone el numeral 8.4 de la Guía, mediante Oficio N° 794-2017-GRT, Osinergmin remitió al COES los comentarios y sugerencias, solicitando su opinión sobre los mismos, cuyo plazo fue ampliado hasta el 9 de agosto, a solicitud del COES presentada mediante Carta COES/D-1093-2017 de fecha 25/07/2017, y comunicado mediante Oficio N° 828-2017-GRT.

1.14. Mediante comunicación COES/D-1137-2017 recibida el 9 de agosto de 2017, el COES presentó a Osinergmin su opinión a los comentarios recibidos.

1.15. Es pertinente mencionar que las comunicaciones remitidas por el COES, referidas a la presentación de la propuesta y análisis de comentarios y sugerencias, cuentan con la debida autorización del Directorio de dicha institución.

2. Análisis legal de los comentarios de índole legal

A continuación se analizan los comentarios, así como la opinión del COES, con contenido legal, materia de consulta, siendo que aquellos que cuestionen aspectos de índole técnica, serán analizados y/o complementados por el área técnica en su respectivo informe.

2.1. Comentario General sobre condiciones distintas a la realidad

Como comentario general sobre el nuevo PR-07, SMCV señala que debe modificarse la propuesta a efectos de permitir que el modelo matemático que contiene, no incorpore ni cree condiciones distintas al despacho real del sistema para el cálculo de los Costos Marginales de Corto Plazo (CMg).

Añade que si bien la administración cuenta con la facultad de modificar el marco legal, la metodología propuesta implica un cambio, cuyos resultados son impredecibles, lo que afectaría el principio de confianza legítima.

Opinión del COES

Sugiere no considerar el comentario, pues en el numeral 4.1.2 del procedimiento, se indica que el COES pondrá a disposición de los

participantes los archivos que sustentan la determinación de los CMgN, con lo cual los participantes tendrán predictibilidad respecto de dicho cálculo.

Análisis

El cálculo de los costos marginales responde a un modelamiento sobre la base de información disponible, mas no necesariamente deberá sujetarse a condiciones exactas ocurridas que modifiquen lo que se determinó válidamente en un momento del proceso, conforme será desarrollado por el área técnica.

Ahora bien, por el principio administrativo de Predictibilidad o Confianza Legítima, la autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Este principio implica que las actuaciones de la autoridad administrativa deben ser congruentes con las expectativas que tiene el administrado, en base a actuaciones anteriores de esta misma autoridad, ante situaciones similares; y que esta autoridad administrativa no puede actuar arbitrariamente.

Si bien, el COES no se sujeta a las disposiciones que rigen la actuación administrativa del Estado, según la normativa sectorial; las actuaciones del COES y los procedimientos deben contemplar la sujeción a los principios generales del derecho, en la medida que facilitan la transparencia de la tramitación.

En ese sentido, en el numeral 4.1.2 del procedimiento, se establece que el COES, pondrá a disposición de los Participantes los archivos que sustentan la determinación de los CMg, y el aplicativo desarrollado, permitiendo que los participantes estarán en la capacidad de contar con predictibilidad respecto del cálculo de los CMg, siguiendo los criterios del procedimiento.

Por lo expuesto, no se debe acoger la sugerencia.

2.2. Sobre la facultad del COES de alterar las formulas incluidas en el procedimiento

Sobre el aplicativo que desagrega los CMg, en el numeral 7.1.4 del procedimiento se indica, entre otros, que este se implementará conforme a la formulación matemática que consta en el anexo 1 del PR-07, siendo que podrá ser mejorada por el COES.

Cerro Verde indica que debe establecerse que en caso el COES desee mejorar las fórmulas matemáticas que constan en el procedimiento técnico, debe seguir el procedimiento de modificación conducido por Osinergmin.

Opinión del COES

Sugiere no considerar el comentario, pues es válido que Osinergmin efectúe una delegación de facultades al COES en lo concerniente a realizar mejoras en la formulación para mejorar la administración del Mercado Mayorista de Electricidad, tal como se realiza en otros Procedimientos Técnicos del COES.

Análisis

El COES cuenta con la facultad legal prevista en la Ley N° 28832, de calcular los costos marginales de corto plazo, lo cual se sujeta a la metodología y criterios contenidos en los procedimientos que el mismo COES propone, según lo establece la misma ley.

La facultad de calcular no supone una libertad ilimitada de variar los criterios y determinar en cierta oportunidad un resultado en función de una metodología y luego otro, aplicando una distinta. Si bien se permite el dinamismo del cambio, ello debe ser en función de los estudios, la experiencia y el proceso de comentarios y su análisis validado, que se logra a través del procedimiento de aprobación de los procedimientos técnicos; el cual ante una eventual necesidad y celeridad, pueden presentarse en cualquier oportunidad justificada y acortarse los plazos máximos previstos a efectos de tener incorporados los cambios requeridos.

No se desconoce la posibilidad de que el COES pueda para determinados casos suplir con mejoras los anexos de los procedimientos, como se ha hecho en otras oportunidades como en actualización de formatos y requerimiento de información, o de actualizar los insumos para obtener mejores estimaciones en una determinada variable, en cuyas disposiciones no se involucren temas sustantivos y de impacto transversal y relevante.

En el presente caso, la acción de disgregar el costo marginal en sus componentes, involucra que el grupo que deba asumir tal o cual componente, se encuentre en una posición con mayor o menor ventaja, de variarse la formulación, lo que requiere necesariamente de recorrer el proceso de modificación, dotando con mayor transparencia la participación de los interesados, garantizando un análisis que pasa por los diversos niveles de revisión.

Por lo expuesto, se debe acoger la sugerencia, procediendo a modificar los numerales 7.1.2 y 7.1.4 del procedimiento.

2.3. Sobre el derecho de los participantes de impugnar los CMg modificados

Cerro Verde solicita que se deje claramente establecido que las decisiones y publicaciones que realice el COES como parte del MME son impugnables, con la finalidad de reducir el margen de discrecionalidad de esta entidad.

Requiere lo anterior pues de la redacción del PR-07, se podría interpretar que la corrección de información por parte del COES son actos que no están sujetos a ser impugnados.

Opinión del COES

Sugiere no considerar el comentario, pues el Estatuto del COES establece que es derecho de los Integrantes impugnar las decisiones que tome la Dirección Ejecutiva, así como los requisitos para su atención.

Análisis

De conformidad con lo señalado en el artículo décimo primero del Estatuto del COES, es derecho de los integrantes registrados impugnar en vía de reconsideración o apelación las decisiones que tome la Dirección Ejecutiva, en los plazos y condiciones señalados en dicho artículo.

Asimismo, se precisa que cualquier integrante registrado podrá impugnar estas decisiones de la Dirección Ejecutiva, siempre que estén destinadas a producir efectos sobre sus intereses, obligaciones o derechos dentro de una situación concreta.

En ese sentido, existe el tratamiento reglado para el ejercicio del derecho de defensa en la instancia del COES.

Por lo expuesto, no se debe acoger la sugerencia.

2.4. Sobre la modificación del numeral 7.4.2

Engie señala que se debe modificar el numeral 7.4.2 de la siguiente manera:

“7.4.2 El COES presentará un reporte preliminar al finalizar la primera quincena de cada mes y un reporte final a más tardar el quinto día calendario de haber culminado el mes en valorización, el COES elaborará un reporte que contenga el fundamento de la aceptación y/o rechazo de las observaciones realizadas por los Participantes, el cual será publicado en el portal de internet del COES y en caso ser procedentes las observaciones se publicarán los CMgN modificados”

La propuesta de modificación se sustenta en el hecho de que recién al finalizar el mes los participantes podrían revisar las observaciones a los CMg presentadas durante todo el mes. Esto podría generar la presentación de gran cantidad de recursos, siendo lo óptimo para el COES y para los participantes, poder revisar esta información en la quincena.

Por su parte Fenix, solicita tener la opción de conocer el dictamen del COES con la debida anticipación, a fin de revisarlo.

Opinión del COES

Sugiere considerar el comentario, pues actualmente el COES realiza como una buena práctica, la comunicación de los cálculos de los CMgN a los agentes luego de cerrada la primera quincena del mes, por ello resulta factible precisar esto en el PR-07.

Análisis

En un mercado eléctrico como el que se está reglamentando a nivel de procedimiento, el dinamismo exige la secuencia de un proceso sumario con plazos cortos, que se sustentan en la realidad nacional e internacional.

Ahora bien, no se debe perder de vista que en lo que sea posible, debe dotarse en al proceso de criterios de predictibilidad, transparencia y oportunidad de revisión, lo que facilita una gestión eficiente de su desarrollo.

En tal sentido, en concordancia con el COES, se debe acoger la sugerencia de ENGIE, procediendo a modificar el 7.4.2 del procedimiento.

2.5. Sobre la entrada en vigencia del procedimiento

Statkraft señala que se debe modificar el artículo 3 de la Resolución N° 141-2017-OS/CD, en la medida que determina una fecha específica para la entrada en vigencia del PR-07, sin considerar que la vigencia del Decreto de Urgencia N° 049-2008 pueda ser extendida.

Opinión del COES

El COES indica que los proyectos de procedimientos técnicos que regulan el MME contienen disposiciones que no se podrían aplicar de manera paralela a las contenidas en el Decreto de Urgencia N° 049-2008, por lo que sugiere tomar en cuenta la sugerencia.

Análisis

De conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley N° 30513, la vigencia del Decreto de Urgencia N° 049-2008 ha sido prorrogada para el 01 de octubre de 2017.

En ese sentido, atendiendo a las complicaciones de coexistencia de las dos condiciones, el MME y la vigencia del decreto de urgencia, se ha establecido como fecha de entrada en vigencia de todos los procedimientos el 02 de octubre de 2017, partiendo de la premisa de que el día anterior culminará la vigencia del decreto.

En caso se extendieran los efectos del dispositivo de urgencia que cumplirá 09 años de aplicación, corresponderá sujetarse al contenido del nuevo dispositivo, mas no podría asumirse una premisa sobre un hecho incierto de prórroga.

Por lo expuesto, no se debe acoger la sugerencia.

3. Procedencia de publicar el nuevo Procedimiento Técnico

- 3.1.** Habiéndose cumplido todas las etapas previstas en la Guía y proceso, esta Asesoría considera procedente someter al Consejo Directivo la resolución que aprueba el PR-07.
- 3.2.** Se advierte que la propuesta presentada por el COES y la respuesta a las observaciones efectuadas a la misma, así como el análisis de los comentarios y sugerencias, cuentan con la debida aprobación del Directorio del COES, cumpliéndose de ese modo lo establecido en el numeral 5.1 de la Guía.
- 3.3.** La resolución que dispone la aprobación del PR-07 ha sido elaborada por el área técnica, en colaboración de esta Asesoría, y se encuentra apta para ser sometida al análisis y aprobación del Consejo Directivo de Osinergmin, a fin de disponer su publicación en el diario oficial El Peruano.
- 3.4.** Sobre la propuesta del PR-07, así como sobre los comentarios al proyecto en sus aspectos técnicos, esta Asesoría Legal no se pronunciará, correspondiendo al área técnica realizar el respectivo análisis, conforme consta en su informe respectivo.
- 3.5.** Luego de su publicación, el PR-07 entrará en vigencia el 02 de octubre de 2017, y en aplicación a lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 001-2009-JUS.

4. Conclusiones

Por las razones expuestas en el presente Informe, esta Asesoría considera procedente someter a la aprobación del Consejo Directivo la resolución que aprueba el nuevo Procedimiento Técnico N° 07, "Determinación de los Costos Marginales de Corto Plazo".

[mcastillo]

[nleon]

/wmf